

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet

Van Enis, Quentin; Montero, Etienne

Published in:
Revue Lamy Droit de l'Immatériel

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Van Enis, Q & Montero, E 2010, 'Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet: la quadrature du cercle ?', *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, Numéro 60, p. 86-99.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

De la présente étude, nous retiendrons, plus spécialement, la conclusion du professeur Étienne Montero et de Quentin Van Enis selon laquelle en l'état actuel du droit, malgré la constante évolution technologique, et l'émergence de logiciels de plus en plus précis et aux effets de mieux en mieux maîtrisés, la mise en œuvre d'une mesure de filtrage apparaît difficilement conciliable avec le droit à la liberté d'expression.

Toute la problématique réside dans la résolution de la question suivante : comment en faire assez sans en faire trop ?

Ménager la liberté d'expression au regard des mesures de filtrage imposées aux intermédiaires de l'internet : la quadrature du cercle ?



Par Étienne MONTERO
Professeur et Doyen
de la Faculté de droit de Namur
(Académie universitaire Louvain)
Directeur de recherches
au Centre de Recherches
Informatique et Droit (CRID)



Par Quentin VAN ENIS
Assistant à la Faculté
de droit de Namur
(Académie universitaire Louvain)

INTRODUCTION

1. L'identification des auteurs de contenus illicites ou préjudiciables n'est pas toujours aisée dans un environnement numérique ouvert, de couverture mondiale, où il est facile d'œuvrer à partir de l'étranger et/ou dans l'anonymat. Au contraire, les prestataires intermédiaires impliqués dans la transmission ou le stockage des contenus litigieux sont connus et bien identifiés, proches de la victime et généralement solvables. On comprend dès lors qu'ils soient na-

turellement devenus la cible privilégiée des actions en responsabilité.

Aussi la question de la responsabilité des intermédiaires techniques eu égard aux contenus illicites transmis ou hébergés par leur soin est-elle rapidement apparue comme un enjeu majeur dans l'élaboration d'un cadre juridique pour la société de l'information. De toute évidence, l'un des objectifs principaux de la directive sur le commerce électronique (1) a été précisément d'établir un système d'exemption de responsabilité au profit de certaines prestations intermédiaires de l'internet (2). Il s'est agi d'instaurer un « *équilibre entre les différents intérêts en jeu* » (considérant n° 41). À l'instar du *Digital Millennium Copyright Act* dont il s'inspire (3), le système de responsabilité prévu à la section 4 réalise un compromis entre les intérêts des prestataires de services d'intermédiation de l'internet et ceux de l'industrie des contenus (les créateurs et titulaires de droits sur les logiciels, musiques, vidéos, films...).

2. À la base de ce compromis gît un double constat. D'un côté, les prestataires intermédiaires – cantonnés dans un rôle purement technique – ne sont

pas supposés prendre connaissance des contenus dont ils assurent le stockage ou la transmission ; de l'autre, il saute aux yeux qu'ils sont idéalement placés et les mieux outillés pour prévenir ou faire cesser les pratiques illégales commises par le biais de leurs services.

D'où le subtil régime mis en place. D'une part, des exonérations de responsabilité, sous conditions, sont instituées au profit de certaines activités d'intermédiation : la transmission d'information sur un réseau de communication, la fourniture d'accès à un tel réseau, le stockage sous forme de copie temporaire de données (« cache ») et l'hébergement (4) ; en outre, ces prestataires intermédiaires ne peuvent se voir imposer aucune obligation générale de surveillance et de contrôle des contenus qu'ils transmettent ou stockent, ni aucune obligation de rechercher activement des faits ou circonstances révélant des activités illicites (5). En contrepartie, ils sont tenus de collaborer avec les autorités judiciaires et policières, en les tenant informées d'activités illicites qui seraient exercées par les destinataires de leurs services ou en leur communiquant les données d'identification de

(1) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JOCE 17 juill. 2000, n° L 178, p. 1. (2) En ce sens, M. Peguera Poch, « La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en internet », 2001, p. 1 (>www.uoc.edu/in3/dt/20080/index.htm). (3) Pour une comparaison plus affinée des deux systèmes, Montero E. et Jacquemin H., « La responsabilité civile des médias », Responsabilités – Traité théorique et pratique (sous la dir. de J.-L. Fagnart), Livre 26 ter, vol. 3, Bruxelles, Kluwer, 2004, n° 189 et s., p. 18 et s. ; Julia-Barcelo R., « On-line Intermediary Liability Issues : Comparing E.U. and U.S. Legal Framework », E.I.P.R., 2000, p. 106-119 ; Sedallan V., La responsabilité des prestataires techniques sur internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européenne sur le commerce électronique, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n° 110, 1999, p. 1-4. (4) Articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique. (5) Article 15, §1^{er}, de la directive sur le commerce électronique.

ces derniers (6) ; une juridiction peut leur imposer une obligation temporaire de surveillance dans un cas spécifique (7) et il est toujours possible d'agir en cessation afin qu'il soit ordonné à un prestataire de prévenir ou faire cesser une violation (8) ; enfin, en cas de signalement, les prestataires des services d'hébergement et de copie sous forme de cache sont également tenus d'agir promptement pour retirer le contenu illicite ou bloquer l'accès à celui-ci (9). En mettant ainsi les prestataires intermédiaires à l'abri d'actions en responsabilité et en les dispensant d'effectuer des contrôles et de traquer eux-mêmes les infractions, le législateur européen entendait non seulement favoriser l'essor des services de la société de l'information mais aussi promouvoir la liberté d'expression. En effet, s'ils étaient plus exposés, ils se montreraient moins enclins à développer des services potentiellement risqués tels ceux destinés à accueillir des contenus en tout genre fournis par les usagers de l'internet. Sans doute n'aurait-on pu voir émerger et fleurir autant les sites communautaires et participatifs, tels les réseaux sociaux (Facebook...), wikis (Wikipedia...) et blogs, les sites de partage de contenus (YouTube, Dailymotion...) ou encore les places de marché électronique (eBay...). Par ailleurs, on épargne aux prestataires intermédiaires les lourdes charges liées au contrôle et au filtrage (10) – techniquement difficile à mettre en œuvre, à l'efficacité douteuse et au coût non négligeable – et on évite toute forme de censure préalable.

En même temps, a-t-on dit, les intérêts des utilisateurs et des tiers sont également pris en considération puisqu'il leur est notamment loisible d'obtenir

qu'un tribunal enjoigne à un intermédiaire de prévenir ou de faire cesser une violation. Cette possibilité prévue par la directive 2000/31 a été confirmée dans des directives ultérieures (11).

3. La jurisprudence de ces dernières années a révélé deux principales difficultés d'interprétation du dispositif :

- la première est relative à l'avènement des services, dits Web 2.0 et à la question de savoir si le prestataire de tels services peut bénéficier de l'exemption de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement (12) ;

- la seconde concerne la portée de l'injonction qu'un juge peut prononcer contre un intermédiaire en vue de prévenir ou de faire cesser une violation, notamment d'un droit intellectuel.

Seule cette seconde question retiendra notre attention dans le cadre de la présente étude.

4. Pour une correcte interprétation des dispositions relatives à la responsabilité des intermédiaires, il n'est pas inutile de prendre de la hauteur et de situer ces dernières dans le cadre juridique commun à l'Union européenne et au Conseil de l'Europe. On observe, en effet, une volonté partagée par l'Europe communautaire et l'Europe des droits de l'Homme de promouvoir, à travers le développement des technologies de l'information et des réseaux de communication, la société de l'information et, plus largement, la liberté d'expression (I).

Cet objectif de promotion de la liberté d'expression représente une clé herméneutique décisive pour déterminer la portée des injonctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des prestataires intermédiaires de l'internet (II).

I. – LES INTERMÉDIAIRES DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION, VECTEURS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS L'ORDRE JURIDIQUE EUROPÉEN

5. Les intermédiaires de l'internet jouent un rôle capital dans la promotion de la liberté d'expression sur les réseaux de communication. À cet égard, il est remarquable de constater combien le Conseil de l'Europe et l'Union européenne s'attachent à protéger les prestataires techniques (A). Une lecture attentive de la jurisprudence strasbourgeoise et des travaux du Conseil de l'Europe permet d'affirmer que ces derniers font clairement partie des bénéficiaires de la liberté d'expression consacrée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (B).

A. – Une convergence de préoccupations au sein des deux Europe

6. Dès la fin des années 90, la société de l'information a été promue par les instances aussi bien de l'Union européenne que du Conseil de l'Europe. Cette convergence de préoccupations illustre à merveille le dialogue qui s'instaure, depuis de nombreuses années déjà, entre l'Europe communautaire et celle des droits de l'Homme.

Sur de nombreux sujets, on sait que les deux Europe se répondent mutuellement. Le phénomène devrait aller en s'accroissant avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, intervenue le 1^{er} décembre 2009, qui confère une force contraignante à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (13), et avec l'adhésion programmée de cette dernière à la Convention européenne des droits de l'Homme (14).

(6) Article 15, §2, de la directive sur le commerce électronique. (7) Considérant n° 47 de la directive sur le commerce électronique. (8) Voir les articles 12, §3, 13, §2, et 14, §3, ainsi que le considérant n° 45 de la directive sur le commerce électronique. (9) Articles 13, §1^{er}, e), et 14, §1^{er}, b), de la directive sur le commerce électronique. (10) Les dispositifs de filtrage sont « des applications logicielles de contrôle des contenus conçues pour bloquer automatiquement l'affichage ou le téléchargement de matériaux sélectionnés sur un navigateur Internet ou toute autre application internet » (Angelopoulos C., Filtrage des contenus protégés par le droit d'auteur sur Internet en Europe, *l'is plus*, 2009-4, p. 2 et la référence à Conseil de l'Europe, « Rapport du Groupe de spécialistes sur les droits de l'Homme dans la société de l'information (MC SIS) sur l'utilisation et l'impact des mesures de filtrage technique pour divers types de contenus dans l'environnement numérique », CM(2008)37, <www.tinyurl.com/adyoz>). (11) Voir l'article 8, §3 et le considérant n° 59 de la Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE 22 juin 2001, n° L 167, p. 10, ainsi que l'article 11 et les considérants 22 et 23 de la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JOUE 2 juin 2004, n° L 195, p. 16. (12) Sur cette question, Montero E., Les responsabilités liées au Web 2.0, RDTI, n° 32, 2008, pp. 361-386 ; A. Saint Martin, Proposition d'une « responsabilité raisonnable » pour le Web 2.0, RLDI 2007/32, n° 1070 ; Teissonnière G., Quelle responsabilité appliquer aux plates-formes de commerce en ligne et autres intermédiaires de contenus ?, RLDI 2008/35, n° 1165. (13) L'article 11 de la Charte protège la liberté d'expression et d'information de la manière suivante : « §1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir d'ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. §2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ». La formulation utilisée est plus ramassée que celle de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. L'article 52 du Traité de Lisbonne dispose cependant que « dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Pour un commentaire, voir Bribosia E. et De Schutter O., La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, J.T., 2001, p. 281-293, spéc. p. 284-285. (14) Voir l'article 6, §2, du Traité de Lisbonne qui prévoit que « L'Union adhère à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (...) ». Voir Bribosia E. et De Schutter O., précité, p. 288-289.

De longue date, la Cour de justice des communautés européennes, en vue de rassurer certaines Cours constitutionnelles nationales qui avaient fait montre de résistance à l'application du droit communautaire, s'est estimée compétente pour assurer le respect, au titre de principes généraux du droit de l'Union européenne, des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et sont garantis par les instruments internationaux auxquels les États membres sont parties, parmi lesquels la Convention européenne des droits de l'Homme reçoit une attention particulière.

À l'inverse, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), amenée à contrôler la conformité avec la Convention de certaines mesures adoptées par les États en exécution d'obligations imposées par le droit de l'Union européenne, a considéré que le transfert de compétences à une organisation internationale ne saurait délier l'État de ses responsabilités au regard de la Convention (15). De manière contestable, la Cour admit que lorsque l'État ne disposait d'aucune marge d'appréciation dans l'application du droit communautaire, son contrôle devait s'exercer avec une certaine réserve (16). Dans pareilles circonstances, la Cour présumera le respect par un État des obligations qui lui incombent au titre de la Convention si la protection des droits fondamentaux assurée par l'organisation internationale peut être tenue pour « équivalente » à celle assurée par le mécanisme de la Convention, ce qui semble être le cas dans le cadre de l'Europe communautaire.

La rédaction de la directive sur le commerce électronique s'est parfaitement insérée dans ce mouvement de dialogue mutuel entre les deux Europe en faisant une référence explicite, en son 7^e considérant, à la liberté d'expression telle qu'elle se trouve consacrée à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH).

B. – Les intermédiaires de l'internet et l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme

1° / Le rôle des intermédiaires et la liberté d'expression

7. Aux termes de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, « toute personne a le droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (...) ». Le second paragraphe de ce même article 10 ajoute que « l'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui

(...) internet, plus que n'importe quel autre médium de communication, recèle la possibilité d'un véritable « espace public de discussion », dont on connaît l'importance pour le projet démocratique.

constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

L'application des garanties de l'article 10 à l'univers numérique ne semble soulever aucun obstacle de principe (17).

À ce propos, une Déclaration du Comité des ministres du Conseil de l'Europe énonce expressément que « la liberté d'expression, d'information et de communication doit être respectée dans un environnement numérique tout comme dans un environnement non numérique. Elle ne doit pas être soumise à d'autres restrictions que celles prévues à l'article 10 de la Convention, pour la simple raison qu'elle s'exerce sous une forme numérique » (18).

Tout au contraire, internet, plus que n'importe quel autre médium de communication, recèle la possibilité d'un véritable « espace public de discussion », dont on connaît l'importance pour le projet démocratique (19).

Ainsi s'exprime le Comité des ministres dans une recommandation aux États membres : « Le développement des technologies et des services de l'information et de la communication devrait contribuer à ce que toute personne jouisse des droits garantis par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dans l'intérêt de chacun et dans celui de la culture démocratique de toute société » (20).

Nul ne le contestera, à l'aube du XXI^e siècle, que le réseau apparaît comme un vecteur incontournable de la liberté d'expression.

Au demeurant, amenée pour la première fois à se prononcer à propos d'une violation alléguée de la liberté d'expression sur le réseau des réseaux, la Haute juridiction strasbourgeoise, ne s'est nullement étendue – comme s'il s'agissait d'une évidence – sur la question de l'applicabilité des garanties de l'article 10 à l'internet (21).

8. Comme l'on sait, l'activité des intermédiaires est incontournable pour permettre à tout un chacun de s'exprimer sur la Toile.

Une lecture évolutive des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme sur le terrain de l'article 10 de la Convention devrait logiquement conduire à reconnaître l'importance des

(15) Voir CEDH, 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c/ Irlande*, §155-157. Voir égal. CEDH, 18 févr. 1999, *Matthews c/ Royaume-Uni*, §34. (16) Voir Adam S. et Krenč F., La responsabilité des États membres de l'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'Homme, J.T., 2006, p. 87, pt 3.2. (17) Voir en particulier, Docquir P.-F., Contrôle des contenus sur Internet et liberté d'expression au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, CDPK 2002, p. 174, n° 1. (18) Déclaration sur les droits de l'Homme et l'état de droit dans la Société de l'information adoptée par le Comité des ministres le 13 mai 2005 lors de la 926^e réunion des Délégués des ministres, <www.coe.int>. (19) Voir en particulier, la thèse non encore publiée de P.-F. Docquir, La liberté d'expression dans le réseau mondial de communication : propositions pour une théorie du droit d'accès à l'espace public privatisé, 2009. (20) Déclaration sur les droits de l'Homme et l'état de droit dans la Société de l'information adoptée par le Comité des ministres le 13 mai 2005 lors de la 926^e réunion des Délégués des ministres, <www.coe.int>. (21) CEDH, 10 mars 2009, *Times Newspapers Ltd (n° 1 et 2) c/ Royaume-Uni*, RDTI, 2009, note Van Enis Q. (« Le temps ne fait rien à l'affaire... Les archives Internet du Times devant la Cour européenne des droits de l'Homme »).

intermédiaires techniques pour la liberté d'expression.

En effet, à maintes reprises, la Cour a eu l'occasion de souligner, à propos des éditeurs, que, fournissant un support aux auteurs, ils participent pleinement à la liberté d'expression et, à ce titre, bénéficient des garanties offertes par l'article 10 de la Convention (22).

Mieux encore, dans une affaire où il était question de mesures adoptées par l'État suisse entravant la réception par des antennes paraboliques d'émissions télévisées diffusées par un satellite russe, la Cour affirma que l'article 10 protège tant le contenu des informations que les moyens de les transmettre et de les capter, « car toute restriction à ceux-ci touche le droit de recevoir et communiquer des informations » (23).

À l'heure actuelle, le média numérique occupe une place de choix parmi les « moyens de transmettre et de capter des informations » et le recours aux intermédiaires du réseau constitue un passage obligé pour tout qui souhaite s'exprimer sur la Toile. Protéger les intermédiaires, revient donc, en même temps, à protéger la liberté d'expression.

2°/ Les contenus protégés par la liberté d'expression

9. Dès lors que le régime d'exonération des intermédiaires mis en place par la directive sur le commerce électronique repose sur le double objectif de favoriser le commerce électronique et de promouvoir la liberté d'expression, il ne paraît pas superflu de rappeler que la Cour européenne des droits de l'Homme a expressément admis que le discours commercial relève bien des contenus protégés par la liberté d'expression (24). Les juges strasbourgeois ont souligné, à cet égard, que l'article 10 de la Convention garantit la liberté d'expression à « toute personne » sans distinguer d'après la nature, lucrative ou non, du but recherché (25). Ainsi, non seulement les publicités en ligne mais aussi, par exemple, les

annonces d'offre en vente postées sur les places de marché électroniques relèvent indubitablement des contenus visés par l'article 10 de la Convention.

3°/ Le contrôle des restrictions admissibles

10. Les ingérences dans le droit à la liberté d'expression peuvent être directement le fait de l'État mais peuvent également résulter de son incapacité à assurer aux personnes se trouvant sous sa juridiction la jouissance effective de ce droit. Autrement dit, au titre de leurs obligations positives, les États doivent prendre toutes les mesures raisonnablement propres à empêcher la violation de la liberté d'expression. Rappelant l'importance cruciale de la liberté d'expression pour la démocratie, la Cour a affirmé que « l'exercice réel et efficace de cette liberté ne dépend pas simplement du devoir de l'État de s'abstenir de toute ingérence, mais peut exiger des mesures positives de protection jusque dans les relations des individus entre eux » (26). Transposé à l'univers numérique, cet enseignement devrait contraindre les États à adopter un cadre réellement rassurant pour les intermédiaires afin d'éviter la censure privée qu'ils risqueraient d'opérer par crainte d'une action en responsabilité.

11. Pour être admissible au regard de la Convention, toute ingérence dans le droit à la liberté d'expression doit répondre aux trois conditions cumulatives du second paragraphe de l'article 10.

La première condition, dite de légalité, implique que l'État prévoit de manière claire et précise, dans une norme accessible à tous, les situations dans lesquelles une restriction pourrait trouver à s'appliquer de manière à ce que les individus puissent déterminer, à un degré suffisant de prévisibilité, les conséquences que pourraient entraîner pour eux l'adoption d'un comportement déterminé (27).

Pour satisfaire à la deuxième condition, dite de légitimité, la restriction doit poursuivre l'un des objectifs légitimes énoncés

de manière limitative au second paragraphe de l'article 10.

Dans le cadre de notre étude, l'objectif constitué par la protection de la réputation et des droits d'autrui revêt une importance toute particulière.

En effet, les injonctions, dont la portée sera analysée dans un second temps, viseront tantôt à protéger l'honneur et la vie privée des personnes sur la Toile, tantôt à bannir certains contenus illicites du réseau, notamment en vue d'assurer le respect des droits de propriété intellectuelle sur une œuvre.

Comme souvent, il convient donc d'opérer une balance entre les intérêts en présence. À ce titre, pour répondre à la troisième et dernière condition, dite de proportionnalité, la restriction doit répondre à un « besoin social impérieux » et être justifiée par des « motifs pertinents et suffisants » (28).

12. Il est intéressant de noter, à ce propos, que la Haute juridiction strasbourgeoise considère que les droits de propriété intellectuelle ressortissent au champ d'application de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention qui consacre le droit de propriété (29).

Or, d'après la Cour, lorsque les « droits et libertés d'autrui », dont la protection est considérée comme un objectif légitime, « figurent eux-mêmes dans ceux garantis par la Convention ou ses Protocoles, il faut admettre que la nécessité de les protéger puisse conduire les États à restreindre d'autres droits et libertés également consacrés par la Convention : c'est précisément cette constante recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux de chacun qui constitue le fondement d'une "société démocratique". La mise en balance des intérêts éventuellement contradictoires des uns et des autres est alors difficile à faire, et les États contractants doivent disposer à cet égard d'une marge d'appréciation importante, les autorités nationales étant en principe mieux placées que le juge européen pour évaluer l'existence ou non d'un "besoin social impérieux" susceptible de justifier

(22) L'analogie avec les intermédiaires techniques s'arrête là car, en l'absence de travail éditorial de sélection du contenu, il ne saurait nullement être question de leur faire partager les « devoirs et responsabilités » qui incombent aux auteurs. (23) CEDH, 22 mai 1990, *Autronic AG c/ Suisse*, §47. Dans une récente affaire, la Cour a rappelé que l'article 10 s'applique aux décisions judiciaires empêchant une personne de recevoir des informations par satellite : CEDH, 16 déc. 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c/ Suède*, §32. (24) Voir not. CEDH, 25 mars 1985, *Barthold c/ Allemagne*, §42 (dans cette affaire, la Cour ne pouvant distinguer entre ce qui relevait de l'information et de la publicité, conduit à l'applicabilité de l'article 10 « sans avoir besoin de rechercher en l'espèce si la publicité comme telle bénéficie ou non de la garantie qu'il assure ») ; CEDH, 20 nov. 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c/ Allemagne*, §26 (les informations de nature commerciale « ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10 §1, lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression »). (25) Voir CEDH, 24 févr. 1994, *Casado Coca c/ Espagne*, §35. (26) CEDH, 16 mars 2000, *Ozgür Gündem c/ Turquie*, §43. Voir égal. CEDH, 6 mai 2003, *Appleby et al. c/ Royaume-Uni*, §39-40. (27) Voir not. CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, §49 ; CEDH, 18 juill. 2006, *Stefanec c/ République tchèque*, §41. (28) La jurisprudence de la Cour est constante à cet égard. Voir not. CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, précité, §50. (29) Voir CEDH (G.C.), 11 janv. 2007, *Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal*, §66-72 et, plus récemment encore, CEDH, 29 janv. 2008, *Balan c/ Moldavie*, §34.

une ingérence dans l'un des droits garantis par la Convention » (30).

Une telle pondération entre libertés concurremment consacrées par la Convention ou par ses Protocoles doit également être opérée entre le droit à liberté d'expression et le droit à la protection de la vie privée garantie par l'article 8 de la Convention (31).

4°/ Les travaux du Conseil de l'Europe comme arrière-fond interprétatif de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme

13. Une attention particulière mérite d'être prêtée aux différents textes, déclarations et recommandations, qui ont été adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe et qui mettent largement en avant l'objectif de promotion de la liberté d'expression dans la mise en place d'une véritable société de l'information. Bien qu'il s'agisse manifestement de *soft law*, dont on sait qu'il n'est porteur *a priori* d'aucune force contraignante (32), l'importance de ces textes ne saurait pour autant être sous-estimée.

En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme n'hésite plus, pour les besoins de l'interprétation de la Convention, à s'en inspirer, ce qui leur confère une véritable force contraignante indirecte (33). D'après la Cour elle-même, il y va de son devoir, lorsqu'elle définit la portée des termes et des notions inscrites dans le texte de la Convention, de « *tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergeant des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants peut constituer un élément pertinent lorsque*

la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'État défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue des normes et des principes appliqués dans le droit international ou dans le droit interne de la majorité des États membres du Conseil de l'Europe et attestent, sur un aspect précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes » (34).

Il convient de garder cette considération à l'esprit pour apprécier à leur juste valeur les différents textes évoqués.

14. En 1999 déjà, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, dans sa Déclaration relative à une politique européenne pour les nouvelles technologies de l'information (35), exhortait les États membres à « *encourager la libre circulation des informations, des opinions et des idées à travers l'utilisation des nouvelles technologies de l'information* » et à « *assurer le respect des droits de l'Homme et de la dignité humaine, notamment de la liberté d'expression (...)* ».

15. Deux ans plus tard, le même Comité des ministres adoptait une recommandation aux États membres sur l'autorégulation des cyber-contenus (36).

L'objectif poursuivi par ce texte ressort clairement de ses considérants : il s'agit de protéger la liberté d'expression des utilisateurs dans la mise en place de mesures de filtrage à l'égard de contenus illicites ou préjudiciables diffusés sur internet (37). Pour respecter pleinement la liberté d'expression, les systèmes de filtrage devraient donc donner aux utilisateurs la possibilité de « *choisir en connaissance de cause les types de contenus licites auxquels*

ils souhaitent accéder, comme par exemple aux parents ou aux autres personnes ou institutions qui ont la responsabilité de ces enfants de déterminer quels contenus devraient être accessibles à ces derniers ».

16. Trois ans après l'adoption de la directive sur le commerce électronique au sein de l'Europe communautaire, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe adoptait la Déclaration sur la liberté de communication sur l'internet (38).

Dans un jeu de références croisées, la déclaration rappelle aussi bien l'engagement des États membres du Conseil de l'Europe par rapport au droit fondamental à la liberté d'expression et d'information, tel que garanti par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, que l'adoption de la directive communautaire du 8 juin 2000 par certains d'entre eux.

La déclaration comprend un sixième principe qui consacre la limitation de la responsabilité des fournisseurs de services pour les contenus diffusés sur l'internet. De manière générale, ce principe prévoit que « *les États membres ne devraient pas imposer aux fournisseurs de services l'obligation générale de surveiller les contenus diffusés sur l'Internet auxquels ils donnent accès, qu'ils transmettent ou qu'ils stockent, ni celle de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites* ».

À l'égard des hébergeurs, ce principe est formulé de la manière suivante : « *Si (...) des fournisseurs de services (...) stockent des contenus émanant d'autres parties, les États membres peuvent les tenir pour coresponsables dans l'hypothèse où ils ne prennent pas rapidement des mesures pour supprimer ou pour bloquer l'accès aux informations ou aux services dès qu'ils ont connaissance, comme cela est défini par le droit national, de leur caractère illicite ou, en*

(30) CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou c/ France*, §113. (31) Voir CEDH, 24 juin 2004, *Von Hannover c/ Allemagne*, §58. (32) La Recommandation Rec(2001)8 du Comité des Ministres aux États membres sur l'autorégulation des cyber-contenus (précitée), par exemple, précise expressément que « les recommandations du Comité des Ministres sont des instruments marquant un engagement politique et non pas des instruments ayant force juridique. À travers leur adoption par le Comité des Ministres, elles lient tous les États membres et n'exigent pas l'adhésion individuelle de ceux-ci ». (33) Voir en particulier, CEDH (G.C.), 12 nov. 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, §74. Pour une analyse critique, voir en particulier Tulken F. et Van Drooghenbroeck S., « Le *soft law* des droits de l'Homme est-il vraiment si *soft* ? Les développements de la pratique interprétative récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 505-526. (34) CEDH (G.C.), *Demir et Baykara c/ Turquie*, précité, §85-86. (35) Déclaration du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative à une politique européenne pour les nouvelles technologies de l'information, adoptée le 7 mai 1999 lors de sa 104^e session, <www.coe.int>. (36) Recommandation Rec(2001)8 du Comité des Ministres aux États membres sur l'autorégulation des cyber-contenus (l'autorégulation et la protection des utilisateurs contre les contenus illicites ou préjudiciables diffusés sur les nouveaux services de communication et d'information), adoptée le 5 septembre 2001 lors de la 762^e réunion des Délégués des Ministres, <www.coe.int>. (37) « Rappelant l'engagement des États membres à l'égard du droit fondamental à la liberté d'expression et d'information, tel qu'il est garanti par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et leur engagement à confier le contrôle de son application à la Cour européenne des droits de l'Homme ; Réaffirmant que la liberté d'expression et d'information est nécessaire pour le développement social, économique, culturel et politique de tout être humain, et constitue une condition pour le progrès harmonieux des groupes sociaux et culturels, des nations et de la communauté internationale, comme le proclame sa Déclaration de 1982 sur la liberté d'expression et d'information ; Soulignant que le développement continu des nouveaux services de communication et d'information devrait servir à promouvoir le droit de chacun, sans considération de frontières, à exprimer, à chercher, à recevoir et à communiquer des informations et des idées, dans l'intérêt de chacun et de la culture démocratique de toute société (...) ». (38) Déclaration sur la liberté de la communication sur l'internet, adoptée par le Comité des Ministres le 28 mai 2003 lors de la 840^e réunion des Délégués des Ministres, <www.coe.int>.

cas de plainte pour préjudice, de faits ou de circonstances révélant la nature illicite de l'activité ou de l'information. En définissant, dans le droit national, les obligations des fournisseurs de services telles qu'énoncées au paragraphe précédent, une attention particulière doit être portée au respect de la liberté d'expression de ceux qui sont à l'origine de la mise à disposition des informations, ainsi que du droit correspondant des usagers à l'information ».

Dans la note explicative de la déclaration, il est encore précisé que : « dans le cas de l'hébergement de contenus émanant de tiers, les intermédiaires ne devraient en général pas être tenus pour responsables ». Le texte fait expressément référence à l'article 14 de la directive 2000/31.

Il est, ensuite, précisé que « ceci ne s'applique pas lorsque le tiers agit sous le contrôle de l'intermédiaire, par exemple lorsqu'une agence de presse possède son propre serveur afin d'héberger des contenus produits par ses journalistes. Toutefois si l'hôte prend conscience soit de la nature illicite des contenus hébergés sur ses serveurs soit, en cas de plainte pour préjudice, de faits révélateurs d'une activité illicite, il peut raisonnablement être tenu pour responsable. Les conditions précises devraient être définies par le droit national. (...) Il est attendu des États membres qu'ils définissent de manière plus détaillée le niveau de connaissance requis des fournisseurs de services avant la mise en cause de leur responsabilité. À cet égard, les procédures de "notification et suppression" sont très importantes. Les États membres devraient cependant rester prudents quant à la mise en cause de la responsabilité des fournisseurs de services qui n'ont pas réagi à de telles notifications. Les questions concernant le caractère illicite de certains contenus sont souvent complexes, et relèvent plutôt des tribunaux. Il peut être dangereux du point de vue de la liberté d'expression et d'information que les fournisseurs de services suppriment trop rapidement un contenu

après réception d'une plainte. Un contenu parfaitement légitime pourrait ainsi être supprimé par crainte de voir sa responsabilité juridique mise en cause ».

17. En 2005, par la Déclaration sur les droits de l'Homme et l'état de droit dans la société de l'information (39), les États membres du Conseil de l'Europe se sont engagés « à adopter des politiques de développement de la société de l'information qui soient conformes à la Convention européenne des droits de l'Homme et à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et visent à préserver et, chaque fois que possible, à renforcer la démocratie, à protéger les droits de l'Homme, et en particulier la liberté d'expression et d'information, et à promouvoir le respect de la prééminence du droit ».

**L'Europe
communautaire
et l'Europe des droits
de l'Homme
se rejoignent dans
un souci commun
d'assurer la promotion
des services de la société
de l'information et, plus
largement, de la liberté
d'expression, à l'abri
de toute forme
de censure préalable.**

18. Dans la Recommandation sur la promotion de la liberté d'expression et d'information dans le nouvel environnement de l'information et de la communication (40), adoptée le 26 septembre 2007, le Comité des ministres « recommande que les gouvernements des États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour promouvoir le plein exercice et la pleine jouissance des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans le nouvel environnement de l'information et des communications, en particulier le droit à la liberté d'expression et d'information,

conformément à l'article 10 de la Conv. EDH et à la jurisprudence applicable de la Cour européenne des droits de l'Homme (...) ».

19. Enfin, dans la recommandation aux États membres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres internet (41), le Comité des ministres, « conscient que toute intervention d'un État membre qui interdit l'accès à un contenu spécifique de l'Internet pourrait constituer une restriction à la liberté d'expression et d'accès à l'information dans l'environnement en ligne, et qu'une telle restriction devrait remplir les conditions de l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme ainsi que la jurisprudence pertinente de la Cour européenne des droits de l'Homme » enjoint aux États membres de « garantir que les mesures générales de blocage ou de filtrage sur tout le territoire ne sont introduites par l'État que si les conditions énoncées à l'article 10, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'Homme sont remplies. De telles mesures étatiques ne devraient être prises que si le filtrage concerne un contenu spécifique et clairement identifiable, une autorité nationale compétente a pris une décision au sujet de l'illégalité de ce contenu et la décision peut être réétudiée par un tribunal ou entité de régulation indépendant et impartial, en accord avec les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ».

II. – LA PORTÉE DES INJONCTIONS

20. Il ressort des développements qui précèdent que l'Europe communautaire et l'Europe des droits de l'Homme se rejoignent dans un souci commun d'assurer la promotion des services de la société de l'information et, plus largement, de la liberté d'expression, à l'abri de toute forme de censure préalable. À cette double fin, les deux Europe ont entendu aménager à la baisse la responsabilité des prestataires intermédiaires, en prévoyant les deux interdictions suivantes :

(39) Déclaration sur les droits de l'Homme et l'état de droit dans la société de l'information adoptée par le Comité des Ministres le 13 mai 2005 lors de la 926^e réunion des Délégués des Ministres, <www.coe.int>. (40) Recommandation CM/Rec(2007)11 du Comité des Ministres sur la promotion de la liberté d'expression et d'information dans le nouvel environnement de l'information et de la communication adoptée par le Comité des Ministres le 26 septembre 2007 lors de la 1005^e réunion des Délégués des Ministres, <www.coe.int>. (41) Recommandation CM/Rec(2008)6 du Comité des Ministres aux États membres sur les mesures visant à promouvoir le respect de la liberté d'expression et d'information au regard des filtres internet adoptée par le Comité des Ministres le 26 mars 2008 lors de la 1022^e réunion des Délégués des Ministres, <www.coe.int>.

– *primo*, l'interdiction de mettre en cause la responsabilité des intermédiaires eu égard aux informations dont ils assurent la transmission, l'hébergement ou le stockage sous forme de cache, pourvu que certaines conditions soient réunies (42) ; – *secundo*, l'interdiction d'imposer aux intermédiaires une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites (43). Formulée en termes absolus, sous la seule réserve contenue dans le considérant n° 47 (voir ci-après, nos 31 et 32), cette disposition s'adresse pareillement à toutes les autorités nationales : législateurs, autorités administratives et juridictions ; elle concerne tant les juges de la responsabilité que les juges du provisoire.

21. Cette double interdiction ne fait toutefois pas obstacle à la possibilité, pour les autorités judiciaires ou administratives, d'ordonner aux intermédiaires qu'ils fassent cesser ou préviennent une violation commise par le biais de leurs services. La directive sur le commerce électronique dispose, en effet, que les règles d'exemption, sous conditions, de la responsabilité des prestataires intermédiaires, « *n'affecte[nt] pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation* » (44). La déclaration sur la liberté de communication sur l'internet énonce un principe similaire : « *Dans tous les cas, les limitations de responsabilité susmentionnées ne devraient pas affecter la possibilité d'adresser des injonctions lorsque les fournisseurs de services sont requis de mettre fin à ou d'empêcher, dans la mesure du possible, une violation de la loi* » (45).

Remarquons que la décision de prévoir des actions destinées à obliger les intermédiaires à prévenir ou empêcher une infraction est laissée aux États membres : il appartient aux ordres juridiques nationaux de déterminer si et dans quels cas ce type d'action peut être exercé. Cela étant, il ressort de l'article 18, §1^{er}, de la directive sur le commerce électronique que les États membres doivent veiller « *à ce que les recours juridictionnels disponibles dans le droit national portant sur les activités des services de la société de l'information permettent l'adoption rapide de mesures, y compris par voie de référé, visant à mettre un terme à toute violation alléguée et à prévenir toute nouvelle atteinte aux droits concernés* ».

**L'intérêt
des exonérations de
responsabilité instituées
– sous conditions – au
bénéfice des prestataires
intermédiaires auraient
été réduit pratiquement
à néant si celles-ci
n'avaient été complétées
par le principe
d'interdiction de toute
obligation générale
de surveillance**

22. Ultérieurement, deux directives européennes ont confirmé la possibilité de solliciter des mesures provisoires à l'encontre des intermédiaires, sur le terrain spécifique du respect des droits intellectuels.

La directive 2001/29 prévoit que « *les États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermédiaires dont les services sont uti-*

lisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin » (46). La directive 2004/48, pour sa part, étend cette possibilité à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle (47), en disposant que « *les États membres veillent également à ce que les titulaires de droits puissent demander une injonction à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle, sans préjudice de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29CE* » (48-49).

Cette même directive précise, en son article 2, qu'elle « *n'affecte pas (...) la directive 2000/31 en général et les articles 12 à 15 de cette directive en particulier* ».

23. D'où la question suivante : comment concilier la prohibition faite aux juridictions nationales d'imposer aux prestataires intermédiaires une obligation générale de surveillance et la possibilité qu'il leur est reconnue de prononcer une injonction à l'encontre de ces mêmes intermédiaires dans les cas où un tiers utilise leurs services de transmission ou de stockage pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle ?

Un approfondissement de la notion d'obligation générale de surveillance sur un plan conceptuel (A) et à la lumière – ou, mieux, à travers les clairs-obscurs – de la jurisprudence (B) paraît nécessaire pour pouvoir cerner précisément la portée des injonctions (C).

A. – L'absence d'obligation générale de surveillance : que faut-il comprendre ?

24. Pour bien comprendre la portée de l'interdiction d'imposer aux intermédiaires une obligation générale de surveillance, il importe de cerner les contours de ladite obligation (1^{er}), avant de la distinguer de l'obligation particulière de surveillance (2^o).

(42) Articles 12 à 14 de la directive 2000/31 et Déclaration du 28 mai 2003 sur la liberté de la communication sur l'internet, 6^e principe. Voir *supra*, n° 16. (43) Article 15, §1^{er}, de la directive 2000/31 et précité. (44) Voir les articles 12, §3, 13, §2, et 14, §3, ainsi que le considérant n° 45 de la directive sur le commerce électronique. (45) Dernier paragraphe du 6^e principe. (46) Art. 8, §3, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, JOCE 22 juin 2001, n° L 167, p. 10. Souligné par nous. Voir aussi le considérant n° 59 de la directive. (47) Au sens internationalement reconnu à l'expression, c'est-à-dire en incluant ce que nous appelons la propriété industrielle (notamment les droits de marque). (48) Art. 11 de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, JOUE 2 juin 2004, n° L 195, p. 16. Souligné par nous. Voir aussi les considérants 22 et 23 de la directive. (49) La transposition en droit belge de la directive 2004/48 a nécessité une adaptation de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins (M.B., 27 juill. 1994, p. 19297), dont l'article 87, §1^{er}, se lit désormais comme suit : « Le président du tribunal de première instance et le président du tribunal de commerce, dans les matières qui sont respectivement de la compétence de ces tribunaux, constatent l'existence et ordonnent la cessation de toute atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin. Ils peuvent également rendre une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin (...) ». Le texte de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles) a également été adapté à cette même directive. L'article 2.2, §6, de la CBPI (nouvelle mouture) dispose que « Le tribunal peut, à la demande du titulaire de la marque, rendre une injonction de cessation de services à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à son droit de marque ».

1°/ Les contours de l'obligation générale de surveillance

25. L'intérêt des exonérations de responsabilité instituées – sous conditions – au bénéfice des prestataires intermédiaires auraient été réduit pratiquement à néant si celles-ci n'avaient été complétées par le principe d'interdiction de toute obligation générale de surveillance. En effet, à défaut d'un tel principe, certains États auraient pu être tentés d'imposer aux intermédiaires, en particulier aux prestataires d'hébergement (50), une obligation générale de recherche active des faits ou circonstances révélant des activités illicites. La jurisprudence atteste que pareille tentation n'est pas illusoire, loin s'en faut (ci-après, point 2). Ainsi obligés de débusquer les infractions commises par le biais de leurs services, les intermédiaires auraient immanquablement pratiqué une censure préalable, y compris à l'endroit de contenus légitimes, par crainte de voir leur responsabilité mise en cause (51).

On n'aurait pas compris que le législateur européen tolère qu'un intermédiaire supprime une information sur le seul soupçon de son illicéité ou sur simple dénonciation, sans avoir obtenu au préalable de la part d'un tiers indépendant la confirmation de son caractère illicite. Une telle approche, se conciliant mal avec une conception respectueuse de la liberté d'expression et du droit du public à l'information (52), eût blessé les principes élémentaires d'une société démocratique (53). Ces considérations renforcent le fait, déjà évident en soi, qu'il ne peut être ajoutée aucune condition à celles prévues par les articles 12

à 14 de la directive sur le commerce électronique (54). Elles confirment également que l'interdiction de l'article 15, §1^{er}, concerne non seulement les juges de la responsabilité mais aussi les juges du provisoire.

Par ailleurs, s'il n'avait été expressément interdit d'imposer aux intermédiaires une obligation générale de surveillance, bien réel était le risque de glissement vers une objectivation de leur responsabilité (civile), tant eût été grande la tentation pour les juges, en présence d'une information illicite, de supposer l'insuffisance du contrôle et d'en déduire une faute dans le chef de l'intermédiaire critiqué. Cette attitude, conforme à l'évolution des idées en matière de responsabilité civile, eût été aux antipodes des intentions du législateur européen. Où l'on voit que les deux interdictions évoquées plus haut vont nécessairement de pair et se renforcent mutuellement.

Quelle est la forme de surveillance visée ?

26. En interdisant d'imposer aux prestataires intermédiaires une obligation générale de surveillance, le législateur européen avait forcément en tête les logiciels de blocage et de filtrage. Il ne pouvait qu'être évident pour lui qu'une obligation générale de surveillance n'est possible qu'au moyen d'équipements techniques dans l'environnement numérique (55).

Cette évidence ressort indubitablement du premier rapport de la Commission européenne sur la directive 2000/31 (56) et des travaux préparatoires de la loi de transposition de la directive en droit belge (57).

27. L'interdiction en question se justifie non seulement par les raisons de principe évoquées (sauvegarder la liberté d'expression et éviter la censure préventive) (58), mais aussi par d'évidents motifs d'ordre pratique et économique : une surveillance générale serait techniquement impraticable et économiquement insupportable.

Comme l'observe la Commission européenne, « [il] s'agit là d'un point important car la surveillance générale de millions de sites et de pages Web serait, en pratique, impossible et déboucherait sur une charge disproportionnée pour les prestataires intermédiaires et sur des coûts d'accès plus élevés aux services de base pour les utilisateurs ». « Toutefois », ajoute-t-elle, « l'article 15 n'empêche pas les autorités publiques des États membres d'imposer une obligation de surveillance dans un cas spécifique » (59).

Le pouvoir d'injonction reconnu aux cours et tribunaux à l'encontre d'un prestataire intermédiaire en vue de faire cesser ou prévenir une violation ne saurait déboucher sur un ordre de surveillance générale. Ainsi, toute mesure générale de filtrage paraît proscrite par l'article 15, §1^{er}, de la directive. Tout au plus les autorités nationales peuvent-elles imposer une obligation particulière de surveillance.

À cet égard, on ne peut que déplorer l'ambiguïté de l'expression « ou qu'il prévienne une violation » (60). Elle donne à penser que la directive fait droit à des injonctions consistant à imposer une obligation de contrôler/surveiller préventivement les contenus diffusés. Sous peine de contredire l'article 15, §1^{er}, de la directive, le rôle de prévention des intermédiaires ne peut être conçu que de manière relative-

(50) Ceux-ci pouvant échapper à toute responsabilité dans les cas où ils n'ont pas connaissance de faits ou circonstances révélant une information ou une activité illicite, certains États membres auraient pu prétendre les soumettre à une obligation de recherche active de tels faits ou circonstances, ce qui aurait réduit l'intérêt de l'article 14. En ce sens, Crabit E., « La directive sur le commerce électronique. Le projet "Méditerranée" », RDUE 2000, n° 4, p. 815. (51) Voir la déclaration sur la liberté de communication sur l'internet, du 28 mai 2003, p. 11 et 12 (*supra*, n° 16, *in fine*). (52) Il ressort clairement des considérants 9 et 46 de la directive 2000/31 que celle-ci n'entend pas porter atteinte aux principes fondamentaux en matière de liberté d'expression. Si les prestataires intermédiaires de l'internet avaient pu être soumis à une obligation générale de surveillance des informations qu'ils transmettent ou stockent ou à une obligation générale de recherche des faits ou circonstances révélant une activité illicite, cela aurait pu « constituer un frein à la liberté d'expression » (Déclaration sur la liberté de communication sur l'internet, commentaire du sixième principe). (53) Trudel P., La responsabilité des acteurs du commerce électronique, in V. Gautrais, Droit du commerce électronique, Montréal, éd. Thémis, 2002, p. 607-649, spéc. §66 à 68, commentant le régime canadien analogue à celui établi par les articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique. (54) Voir les motifs invoqués par la Commission pour rejeter divers amendements proposés aux cours des travaux préparatoires de la directive 2000/31 (Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, 17 août 1999, COM(1999)427 final, p. 8), ainsi que le Rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, du 21 novembre 2003, COM(2003) 702, p. 14. (55) En ce sens, Coppens F., Filtrage P2P : possibilités techniques et obstacles juridiques, RDTI 2008, n° 30, p. 99 ; Montero E., Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2002-2008) – Droit du commerce électronique, RDTI 2009, n° 35, p. 25. E. Crabit qui, en tant que fonctionnaire à la Commission européenne, a participé en première ligne à l'élaboration de la directive 2000/31, écrit ceci : « Cette interdiction couvre tout type de mesures générales, même celles qui n'apparaissent pas comme telles mais qui auraient le même effet. En particulier, tomberaient sous cette interdiction les mesures imposant au prestataire d'hébergement un filtrage des informations qu'il héberge ainsi qu'une obligation générale de surveillance pour un domaine particulier, par exemple la protection des mineurs » (précité, p. 815. Souligné par nous). (56) Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, du 21 novembre 2003, COM(2003) 702 final, p. 15, note 73. (57) Voir projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, exposé des motifs, Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/I, p. 48). En ce sens également, Van Eecke P., « De nieuwe wetgeving inzake elektronische handel. Een eerste commentaar », RW, 2003-2004, p. 338-339. (58) Strowel A., Ide N. et Verhoestraete F., La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet, J.T., n° 6000, 2001, p. 142, n° 34 ; Riccio G.M., La responsabilità civile degli internet providers, Giappichelli, Torino, 2002, p. 70 (l'auteur observe pertinemment que les charges et coûts induits par une obligation générale de surveillance auraient pour effet de réserver l'internet aux seules personnes capables de les supporter. Par conséquent, ce qui se trouve ici en jeu, c'est la possibilité de concrétiser le droit d'exprimer librement sa pensée et, plus largement, de la diffuser. Autrement dit, une telle obligation, tout en engendrant une concentration oligopolistique d'entreprises, entraînerait une situation insensée : le droit à la liberté d'expression n'existerait de facto que tant que les moyens de l'exercer sont garantis). (59) Premier rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application de la directive 2000/31 sur le commerce électronique, du 21 novembre 2003, COM(2003) 702 final, p. 15. (60) Articles 12, §3, 13, §2 et 14, §3, de la directive 2000/31.

ment étroit (61). Il est clair qu'imposer une mesure obligeant expressément ou implicitement l'intermédiaire à filtrer l'ensemble des contenus qu'il transmet ou stocke de manière à bloquer des contenus supposés illicites, alors que cette illicéité n'aurait pas été préalablement constatée dans le respect de l'article 6 de la Conv. EDH, serait inconciliable avec la prohibition de l'article 15, §1^{er}.

28. Comment comprendre le considérant n° 40 de la directive 2000/31, dont il résulte que « (...) Les dispositions de la présente directive sur la responsabilité ne doivent pas faire obstacle au développement et à la mise en œuvre effective, par les différentes parties concernées, de systèmes techniques de protection et d'identification ainsi que d'instruments techniques de surveillance rendus possibles par les techniques numériques, dans le respect des limites établies par les directives 95/46/CE et 97/66/CE » ? Ce considérant signifie que les exonérations prévues pour certaines activités intermédiaires n'empêchent pas les prestataires d'opérer des contrôles volontaires, notamment dans le double souci de coopérer avec les titulaires de droits intellectuels et de préserver leur image de marque (62). En aucun cas, l'absence de tels systèmes ne saurait constituer l'intermédiaire en faute et engager sa responsabilité. Soutenir le contraire reviendrait à considérer, implicitement mais certainement, que pèse sur lui une obligation générale de surveillance, prohibée par l'article 15 de la directive 2000/31. Il convient d'insister : une telle obligation à caractère général ne peut être imposée, fût-ce au titre d'un texte légal spécifique.

29. Encore peut-on s'interroger sur la portée du considérant n° 48 de la directive 2000/31, libellé comme suit : « La présente directive n'affecte en rien la possibilité qu'ont les États membres d'exiger des prestataires de services qui stockent des informations fournies par des destinataires de leurs services qu'ils agissent avec les précautions que l'on peut raisonnablement attendre d'eux et

qui sont définies dans la législation nationale, et ce afin de détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites ». Ce texte autorise-t-il les législateurs nationaux à prescrire aux hébergeurs des obligations de contrôle *a priori* ? Ce considérant ne saurait être interprété en un sens qui ruinerait l'économie générale du régime institué par les articles 14 et 15 de la directive. Aussi doit-on considérer, en particulier, qu'il ne peut servir à fonder une obligation générale de *monitoring*, proscrite par le paragraphe 1^{er} de l'article 15 (63). Les « précautions » visées dans le considérant n° 48 concernent d'autres types de mesures qu'une obligation générale de surveillance, telles que l'obligation de mettre en place une structure d'accueil des plaintes ou des systèmes d'alerte et de signalement des contenus inappropriés ou indésirables (comme on en trouve d'ailleurs sur divers sites web de seconde génération), etc. En toute hypothèse, il doit s'agir d'obligations autonomes, assorties d'une sanction spécifique, sans lien avec la question de la responsabilité de l'intermédiaire à l'égard des contenus (64).

30. Mais que penser de la possibilité d'imposer un filtrage sélectif visant à bloquer un contenu spécifique, dont l'illicéité est dénoncée ?

En d'autres termes, l'obligation de surveillance est-elle générale dès l'instant où elle implique une recherche sur l'ensemble des contenus, afin d'en bloquer un seul, supposé illicite, ou l'est-elle seulement s'il s'agit de surveiller l'ensemble des contenus afin de débusquer tous les contenus potentiellement illicites (65) ?

Nous voici arrivés cœur du problème d'interprétation.

2°/ Obligation générale de surveillance versus obligation particulière de surveillance

31. Remarquons, tout d'abord, que la possibilité reconnue aux autorités nationales de faire peser sur les intermédiaires une obligation particulière de surveillance ne peut être regardée

comme une exception au principe d'interdiction des obligations générales de surveillance (66). Une telle analyse reviendrait à admettre qu'une obligation générale de surveillance puisse être imposée en certaines circonstances. Ce n'est pas de cela qu'il s'agit ici. Il n'est pas inutile d'attirer l'attention sur le caractère essentiellement dialectique du droit, en ce sens que l'affirmation d'un principe va souvent de pair avec la formulation d'autres principes qui, ayant leur domaine et leur justification propres, viennent compléter le premier, en tempérer les effets, sans toutefois le contredire (67).

Il faut voir en la possibilité d'imposer une obligation particulière de surveillance l'affirmation d'un tel principe correcteur, qui vient compléter le principe d'interdiction des mesures générales de surveillance, sans le contrarier. Autrement dit, il ne nous semble pas permis d'imposer une mesure générale de *monitoring*, fût-ce aux fins de détecter un contenu spécifique, au titre de la possibilité d'imposer une surveillance particulière.

32. Reste qu'il est malaisé, en pratique, de faire le départ entre une obligation générale de surveillance et une obligation particulière de surveillance. À cet égard, les travaux préparatoires et le texte même de la directive ne sont pas très éclairants.

Tout au plus peut-on considérer, à la lumière du considérant n° 47 et de quelques indications dans les travaux préparatoires de la directive 2000/31, que l'interdiction d'imposer une surveillance générale ne concerne pas les obligations de surveillance prévues par une loi applicable à un cas spécifique. On songe, en droit belge, à l'article 90 ter du Code d'instruction criminelle : sur cette base, un juge d'instruction pourrait ordonner à un intermédiaire de surveiller un client particulier (« écoutes électroniques ») (68). En tout état de cause, seule est admissible une surveillance « ciblée » (un site, un contenu bien spécifié) et « temporaire », imposée à la demande des autorités judiciaires ou policières

(61) En ce sens, Montero É., La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux, in Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 284, n° 532 ; Riccio G., *Profil di responsabilità civile dell'Internet Provider*, Salerno, 2000, p. 89. (62) Montero É., précité, p. 279 ; Verdure C., Les hébergeurs de sites web : victimes ou régulateurs de la société de l'information ?, D.C.C.R., n° 60, 2005, p. 41. (63) En ce sens et pour d'autres considérations, Montero É., précité, p. 289-292 ; Strowel A., Ide N. et Verhoestraete F., précité, p. 142, n° 37. (64) Crabit E., précité, p. 815. (65) Pareille alternative est bien exprimée par R. Hardouin, « Observations sur les nouvelles obligations prétoriennes des hébergeurs », <www.juricom.net>. (66) Comp. R. Ardouin, précité. (67) Voir Bertrand E., Le rôle de la dialectique en droit positif privé, D. 1951, chron XXXV, p. 151-154. (68) Il s'agit d'intercepter des données numériques en cours de transmission.

nationales, afin d'empêcher ou de combattre une activité illicite particulière (69).

B. – Illustrations à travers un examen critique de la jurisprudence

33. Pour illustrer notre propos, il apparaît intéressant de revenir sur quelques affaires, particulièrement significatives, portées devant des juridictions de France (70) (1°), d'Allemagne (2°) et de Belgique (3°).

1°/ Jurisprudence française

34. Parmi une jurisprudence abondante, une première affaire apparaît intéressante pour notre propos. Des copies du film « Joyeux Noël » avaient été découvertes sur Dailymotion, un site de partage de vidéos. Tout en admettant la qualité d'hébergeur du gestionnaire du site, le tribunal saisi a néanmoins estimé que la société engageait sa responsabilité au motif « qu'elle doit être considérée comme ayant connaissance à tout le moins de faits et circonstances laissant à penser que les vidéos illicites sont mises en ligne ; qu'il lui appartient donc d'en assumer la responsabilité, sans pouvoir rejeter la faute sur les seuls utilisateurs, dès lors qu'elle leur a fourni délibérément les moyens de la commettre » (71). Révélant un certain malaise, le Tribunal poursuit : « attendu que si la loi n'impose pas aux prestataires techniques une obligation générale de rechercher les faits ou circonstances révélant des activités illicites, cette limite ne trouve pas à s'appliquer lorsque lesdites activités sont générées ou induites par le prestataire lui-même ; attendu que force est de constater en l'espèce que la société Dailymotion n'a mis en œuvre aucun moyen propre à rendre impossible l'accès au film « Joyeux Noël » (...), alors qu'il lui incombe de procéder à un contrôle a priori ». Cette décision appelle plusieurs critiques. Deux motifs de condamnation sont confusément avancés. Dans le régime de l'hébergeur, il est question de « connaissance effective de l'activité ou de l'information illicites », c'est-à-dire d'un contenu spéci-

fique. C'est à tort que le Tribunal considère que le prestataire perd le bénéfice de l'exonération de responsabilité prévue pour l'activité d'hébergement dès l'instant où il a connaissance de la simple éventualité que des informations illicites puissent être mises en ligne sur le site d'échanges. Autre chose – acceptable en principe – eût été de considérer que le titulaire du site a commis une faute dans la conception de la plate-forme. Par contre, on ne saurait lui reprocher une faute au sens de l'article 1382 du Code civil au seul motif qu'il met une plate-forme à disposition des internautes, en sachant que des internautes pourraient y télécharger des contenus illicites. Pareille analyse reviendrait pratiquement à condamner par principe toutes les sites de partage de contenus (72)... Par ailleurs, la supposée obligation de contrôle *a priori*, dégagée par le tribunal, est triplement critiquable : elle subordonne le bénéfice de l'exonération prévue pour l'hébergement à une condition qui ne figure pas dans l'article 14 de la directive 2000/31 ; elle paraît difficilement conciliable avec l'article 15, §1^{er}, de la même directive ; elle est sujette à caution au regard de l'article 10 de la Conv. EDH.

Par un arrêt soigneusement motivé de la Cour d'appel de Paris du 6 mai 2009, cette décision a heureusement été réformée en ce qu'elle a jugé la société Dailymotion responsable de la mise en ligne du contenu litigieux pour avoir eu *a priori* connaissance de son caractère illicite (73).

35. Un autre jugement rendu en France, dans l'affaire « Google vidéo », mérite d'être épinglé (74). En l'espèce, un documentaire produit par la société Zadig Productions avait été diffusé sur Google vidéo, sans son autorisation. Cette diffusion ayant été signalée par le producteur à Google, ce dernier n'avait pas tardé à retirer l'œuvre. Cependant, le film fut remis en ligne à plusieurs reprises par différents internautes. Avisé de chaque nouvelle diffusion, Google faisait systématiquement diligence pour procéder au retrait du film. Irritée par une énième mise en ligne, la société Zadig décida

d'assigner Google vidéo en justice. Le tribunal considère que Google intervient en qualité d'hébergeur, et non comme éditeur. Cette qualification ne l'empêche pourtant pas de retenir sa responsabilité au motif qu'« *informé du caractère illicite du contenu en cause par la première notification, il lui appartenait de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires en vue d'éviter une nouvelle diffusion* ». Les moyens dont il est question font vraisemblablement référence à la mise en œuvre d'une mesure de filtrage. Cette décision paraît éminemment critiquable en ce qu'elle subordonne l'exonération de responsabilité du prestataire pour l'activité d'hébergement à une condition non prévue par le texte de l'article 14, §1^{er}, de la directive (75). Force est d'admettre qu'elle viole non seulement cette disposition mais aussi l'article 15, §1^{er}, de la directive, voire l'article 10 de la Conv. EDH. C'est donc à tort qu'est retenue la responsabilité de Google pour n'avoir pas procédé d'*initiative* à un tel contrôle. Encore peut-on se poser la question suivante : dans le cadre d'une action en référé, un juge aurait-il pu imposer un filtrage destiné à éviter une nouvelle diffusion ? Pareille mesure eût-elle été conciliable avec l'article 15, §1^{er}, de la directive (76) ? Dans la mesure où il ne serait pas imposé à l'hébergeur de filtrer l'ensemble des contenus stockés mais exclusivement celui qui a fait l'objet d'un signalement, on pourrait à la rigueur soutenir qu'il est question ici d'une obligation particulière de surveillance. Encore faudrait-il que la surveillance imposée soit limitée dans le temps (77). Au total, si l'ordre implique le filtrage, temporaire, d'un contenu spécifique, clairement identifié et jugé (provisoirement) illicite, une telle mesure peut sembler légitime au regard de la directive 2000/31. Quoi qu'il en soit, il y a également lieu de vérifier si elle n'emporte pas violation de l'article 10 de la Conv. EDH (voir ci-après, C).

36. Par identité de motifs, nous sommes également réservés concernant le jugement rendu dans l'affaire « Flach Film contre Google » (78). Après avoir estimé

(69) Commentaire article par article de la directive sur le commerce électronique, précité, p. 31 : « Cette règle générale n'exclut pas qu'un tribunal ou la police puisse demander à un prestataire de services de contrôler, par exemple, un site spécifique pendant une période donnée, afin d'empêcher ou de combattre une activité illicite particulière ». Voir aussi la première rédaction de l'article 15, 1 dans la Proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, présentée par la commission le 18 novembre 1998, COM (1998), 586. (70) Quelques unes de ces affaires ont été commentées par Montero E. Les responsabilités liées au Web 2.0, précité, p. 383 et s. (71) TGI Paris (3^e ch.), 13 juill. 2007, Nord Ouest Production c/ SA. Dailymotion, précité. (72) Comp. Saint Martin A., précité, p. 38. (73) CAParis, 4^e ch., sect. A, 6 mai 2009, Nord Ouest Production c/ SA. Dailymotion, <www.legalis.net>. (74) TGI Paris, 3^e ch., 19 oct. 2007, Zadig Productions et a. c/ Google Inc, Alfa, <www.legalis.net>. (75) L. n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN), 21 juin 2004, art. 6-1.2 et 3. (76) LCEN, art. 6-1.7. (77) Comp. Hardouin R., Observations sur les nouvelles obligations prétorienne des hébergeurs, précité. (78) T. com. Paris, 20 févr. 2008, <www.legalis.net>.

qu'en exploitant le service « Google vidéo », le fameux moteur de recherche agit en qualité d'hébergeur, le tribunal a néanmoins considéré que cette société engageait sa responsabilité pour avoir commis des actes de contrefaçon en permettant, au départ de divers liens, le téléchargement ou la vision en *streaming* du film « Le monde selon Bush ». Cette condamnation intervient nonobstant la promptitude avec laquelle les liens ont été retirés dès notification de leur caractère illicite, le tribunal ayant estimé que Google était tenu « à une obligation de surveillance, en quelque sorte particulière, à partir du moment où il a eu connaissance du caractère illicite du contenu ».

37. Les juges semblent avoir été mieux inspirés dans une affaire relative à la plateforme d'annonces en ligne « Vivastreet » (79). Plusieurs sociétés de parfums avaient constaté la diffusion sur Vivastreet d'annonces proposant la vente de leurs parfums en dehors du réseau de distribution sélective. Par deux ordonnances de référé, le tribunal de commerce de Paris a ordonné la suppression des annonces litigieuses et la mise en place, pendant six mois, d'un système de filtrage *a priori* permettant de détecter et de retirer les annonces relatives à des produits des marques concernées. Toutefois, ici aussi, la mesure restrictive de la liberté d'expression pourrait se heurter au triple test découlant de l'article 10 de la Conv. EDH, et, plus particulièrement, à la condition de proportionnalité (ci-après point C).

2°/ Jurisprudence allemande

38. Des montres contrefaites de la marque « Rolex » avaient été mises aux enchères sur les places de marché « Ricardo.de » et « eBay.de ».

Par trois arrêts successifs, le *Bundesgerichtshof* considéra qu'un prestataire d'hébergement, conscient du caractère illicite d'une information stockée, avait le devoir non seulement de la retirer mais aussi de prendre des mesures raisonnables de filtrage pour prévenir le stockage futur d'informations du même type. À défaut, le prestataire d'héberge-

ment commet une faute engageant sa responsabilité à l'égard des informations illicites auxquelles il n'aurait pas été possible d'accéder si un filtrage « efficace » (?) avait été mis en œuvre (80).

Ces arrêts sont de toute évidence critiquables en ce que le bénéfice de l'exonération de responsabilité instituée au profit de l'intermédiaire eu égard aux informations stockées n'est pas accordé aux seuls titre et conditions de l'article de l'article 14, §1^{er}, de la directive 2000/31, mais se trouve subordonné au respect d'une condition supplémentaire, non prévue par ce texte.

3°/ Jurisprudence belge

39. La jurisprudence belge se signale par deux décisions désastreuses dans une affaire opposant la Sabam au fournisseur d'accès Tiscali (devenu Scarlet). Sur pied de l'article 87, §1^{er}, de la LDA (81), la Sabam, société belge de gestion des droits d'auteurs, entendait obtenir la condamnation de Tiscali à faire cesser les atteintes aux droits d'auteurs portant sur les œuvres musicales appartenant à son répertoire du fait de l'échange non autorisé de fichiers musicaux, réalisé grâce à des logiciels dits *peer-to-peer* (P2P) par le biais des services du fournisseur d'accès. Dans un jugement avant-dire droit, du 26 novembre 2004, le Tribunal de première instance de Bruxelles considère que l'article 87, §1^{er}, offre effectivement une base adéquate pour obtenir la condamnation d'un intermédiaire à faire cesser une atteinte au droit d'auteur pourvu que celle-ci soit ponctuelle, circonscrite et dûment constatée. Nous sommes au contraire d'avis qu'impliquant une obligation générale et permanente de filtrage aux fins de neutraliser des réseaux *peer-to-peer*, pareille mesure contredit la lettre et l'esprit de la directive sur le commerce électronique. Aussi avons-nous regretté que le juge ait implicitement admis qu'il fût juridiquement possible d'imposer à Tiscali une obligation générale de filtrage, destinée à prévenir de futures atteintes aux droits d'auteurs, tout en saluant sa

décision de surseoir à statuer en attendant d'être mieux informé sur la faisabilité et l'efficacité des mesures réclamées par la Sabam (82).

Par un nouveau jugement du 29 juin 2007, le même Tribunal condamne Scarlet à faire cesser les atteintes au droit d'auteur constatées dans le jugement du 26 novembre 2004, en rendant impossible toute forme d'échange par ses clients, au moyen d'un logiciel P2P, de fichiers reprenant une œuvre musicale du répertoire de la Sabam, sous peine d'une astreinte de 2 500 € par jour dans l'hypothèse où Scarlet ne respecterait pas le jugement après expiration d'un délai de six mois suivant sa signification (83). Nonobstant les réserves formulées par l'expert, le Tribunal juge que des mesures techniques sont effectivement disponibles pour neutraliser les atteintes au droit d'auteur constatées sur le réseau auquel Scarlet donne accès. Il s'agit, en l'occurrence de la technologie de reconnaissance par empreinte numérique développée par la société Audible Magic (84). C'est à tort qu'il rejette, en particulier, l'argument suivant lequel les mesures techniques sollicitées reviendraient à imposer à Scarlet une obligation générale de surveillance, prohibée par l'article 15, §1^{er}, de la directive sur le commerce électronique (85). Cette disposition n'exclut pas l'utilisation d'outils de filtrage, estime le Tribunal, à la lumière du considérant n° 40 de la directive sur le commerce électronique. Du reste, l'article 15 s'adresserait exclusivement au juge de la responsabilité et l'ordre de cessation n'imposerait pas à Scarlet de « surveiller » son réseau. Pourtant, comme il a déjà été suggéré (*supra*, n° 28), le passage relatif aux instruments techniques de surveillance ne peut être arbitrairement isolé à l'intérieur du considérant n° 40 qui, lu dans son ensemble, se réfère incontestablement à des « accords volontaires négociés » entre toutes les parties concernées. Par ailleurs, dès lors que l'article 15 est formulé en termes absolus et sans exception, il s'adresse à toutes les autorités nationales, en ce compris les

(79) T. com. Paris, réf., deux décisions, 26 juill. 2007 et 31 oct. 2007, *Kenzo et a. c/ DMIS*, <www.legalis.net>. (80) BGH, 11 mars 2004, *Rolex c/ Ricardo* (aff. « Internet-Versteigerung I »), IZR 304/01, MMR, 2004, 668; BGH, 19 avr. 2007, *Rolex c/ eBay* (aff. « Internet-Versteigerung II »), IZR 35/04; BGH, 12 juill. 2007, *IDV c/ eBay*, IZR 18/04. (81) Loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, M.B., 27 juill. 1994, p. 19297. (82) Voir Montero É et Cool Y., « Le « peer-to-peer » en sursis ? », note sous Civ. Bruxelles (cess.), 26 nov. 2004, RDIT 2005, n° 21, p. 97-106. (83) Civ. Bruxelles (cess.), 29 juin 2007, A.M., 2007/5, p. 476, RDC, 2007/7, p. 701, IRDI, 2007, p. 442, RDIT, n° 30, 2008, p. 87, note Coppins F. (84) Cette technologie sophistiquée relève de la nouvelle génération d'outils de filtrage : elle vise à identifier, parmi des contenus hébergés ou transmis sur un réseau, les œuvres protégées, via leur représentation numérique et par comparaison avec les empreintes numériques des contenus couverts par des droits intellectuels, fournies par les ayants droit et rassemblées dans une vaste base de données ; lorsqu'un contenu correspondant à une empreinte numérique figurant dans la base de données est identifié sur le réseau ou sur un site d'hébergement, il est procédé au blocage dudit contenu. (85) Article 21 de la loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information. Pour d'autres considérations sur l'arrêt, voir en particulier, le commentaire de F. Coppins cité à la note précédente.

juges du provisoire (*supra*, n° 20 et 25). Enfin, on ne saurait nier qu'une surveillance du réseau est imposée à Scarlet sous prétexte qu'elle s'opère à l'aide d'instruments techniques : comment aurait-il pu en être autrement dans l'univers numérique ?

L'affaire n'en resta pas là puisqu'entre-temps, le Tribunal de première instance de Bruxelles, saisi en référé, a décidé de supprimer les astreintes dues par Scarlet pour la période courant de janvier au 31 octobre 2008 (86). Par ailleurs, Scarlet a interjeté appel contre les jugements rendus les 26 novembre 2004 et 29 juin 2007. Appelée à se prononcer sur ce recours, la neuvième chambre de la Cour d'appel de Bruxelles a décidé de poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne (87). La première est formulée comme suit : « Les directives 2001/29 et 2004/48, lues en combinaison avec les directives 95/46 et 2000/31 et 2002/58, interprétées notamment au regard des articles 8 et 10 de la Conv. EDH, permettent-elles aux États membres d'autoriser un juge national, saisi dans le cadre d'une procédure au fond et sur la base de la seule disposition légale prévoyant que : Ils [le juge national] peuvent également rendre une injonction de cessation à l'encontre des intermédiaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit d'auteur ou à un droit voisin », à ordonner à un fournisseur d'accès à internet (FAI) de mettre en place, à l'égard de toute sa clientèle, *in abstracto* et à titre préventif, aux frais exclusifs de ce FAI et sans limitation dans le temps, un système de filtrage de toutes les communications électroniques, tant entrantes que sortantes, transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels *peer-to-peer*, en vue d'identifier sur son réseau la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits et ensuite de bloquer le transfert de ceux-ci, soit au niveau de la requête, soit à l'occasion de l'envoi ?

Les réponses de la CJUE seront évidemment du plus grand intérêt pour notre propos.

40. Nettement plus satisfaisant est le jugement prononcé le 31 juillet 2008, par le Tribunal de commerce de Bruxelles, dans l'affaire *Lancôme contre eBay*. Ayant constaté l'affichage d'offres de vente illicites sur le site géré par eBay, la société Lancôme reproche au célèbre site de vente aux enchères de ne pas prendre des mesures efficaces pour lutter contre la contrefaçon de ses parfums et l'assigne en justice. Adoptant une « qualification mixte », consistant à distinguer le régime de responsabilité applicable en fonction de la nature de l'activité litigieuse, le Tribunal admet qu'eBay bénéficie de l'exonération de responsabilité prévue au titre et aux conditions de l'article 14 de la directive (88) eu égard aux annonces d'offres de vente postées sur son site par des tiers, tout en ayant à assumer une responsabilité de droit commun en ce qui concerne les autres services proposés (lesquels ne sont pas critiqués par Lancôme). Encore le Tribunal précise-t-il, avec raison, que, conformément à l'article 15 de la directive sur le commerce électronique (art. 21 de la loi belge), eBay ne doit assumer « aucune obligation de surveiller les informations qu'elle héberge, ni aucune obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». En conséquence, il n'est pas fait droit à la demande formulée par Lancôme tendant à faire interdire à eBay de laisser s'afficher sur son site divers types d'annonces, ce qui supposerait une surveillance qui ne peut lui être imposée (89).

41. Pour une correcte application des principes, il peut être également renvoyé à un arrêt exemplaire de la Cour d'appel d'Anvers du 20 décembre 2006, dont un extrait mérite d'être reproduit : « Une interdiction de diffusion plus large implique une obligation de surveillance impraticable et contraire à la lettre de la loi sur le commerce électronique. Il ne peut être requis du fournisseur de services internet qu'il recherche activement les faits et les circonstances révélant des activités illicites. Les mesures ordonnées par le juge ne peuvent en aucun cas avoir pour conséquence que la publication, la diffusion ou l'émission d'une opinion, par quelque moyen de com-

munication que ce soit, soit entravée ou soumise à des conditions. La mesure peut dès lors seulement consister en la suppression des colonnes (...), objet du présent litige. Il ne peut être question d'une entrave à la publication dans le futur d'autres colonnes qui pourraient porter atteinte à la réputation et à l'honneur, ce qui constituerait une censure préalable » (90).

C. – Quel type d'injonction peut être prononcé à l'encontre des intermédiaires ?

42. Comment concilier l'article 11 de la directive sur les droits de propriété intellectuelle, étant entendu qu'elle n'entend pas affecter la directive 2000/31 dont on a vu qu'elle consacre la possibilité pour une juridiction d'exiger d'un intermédiaire qu'il mette un terme ou prévienne une violation (art. 12, §3, 13, §2, et 14, §3), tout en lui interdisant de lui imposer une obligation de surveillance à caractère général (art. 15, §1^{er}) ? Le moment est venu de capitaliser les leçons tirées des développements théoriques et jurisprudentiels (voir *supra*, A et B) pour apprécier la portée des injonctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre d'un intermédiaire dont les services seraient utilisés pour porter atteinte à un droit de propriété intellectuelle (droit de marque, droit d'auteur ou droit voisin...).

Seule semble envisageable une injonction de nature à impliquer des actes ponctuels de retrait, blocage ou filtrage relatifs à une atteinte, ou un risque d'atteinte, déterminée, bien circonscrite et dûment constatée. Ainsi en sera-t-il, par exemple, dans les situations où un site contient des œuvres contrefaites, surtout s'il est hébergé anonymement : à défaut de pouvoir identifier le titulaire du site litigieux, il pourra être enjoint à l'intermédiaire de retirer le contenu contrefaisant. Encore pourrait-il être donné ordre à un prestataire d'hébergement de mettre fin au stockage d'un site illicite ou à des fournisseurs d'accès de mettre en œuvre toutes les mesures propres à empêcher l'accès au site litigieux à partir du territoire national (91).

43. Par contre, en tant qu'elle implique des mesures permanentes de sécurité ou de filtrage, une injonction visant à

(86) Civ. (réf.) Bruxelles, 22 oct. 2008, inédit. (87) Bruxelles (9^e ch.), 28 janv. 2010, inédit, R.G. 2007/AR/2424. (88) Article 20 de la loi belge du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information. (89) Pour d'autres commentaires, voir Montero É, Sites de vente aux enchères et offres de vente illicites, note sous Comm. Bruxelles (7^e ch.), 31 juill. 2008, RDTI 2008, n° 33, p. 528-533 et De Preter C., Une salutation au jugement Lancôme/eBay, la visière levée, IRDI 2008, p. 253-255. (90) Anvers, 20 déc. 2006, A.M., 2008, p. 138. (91) Pour une illustration, voir Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 19 juin 2008, inédit, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt rendu le 24 novembre 2006 par la Cour d'appel de Paris (14^e ch., sect. B) dans l'affaire « aargh » du nom d'un site à caractère négationniste.

interdire un type d'atteinte (ex. empêcher l'hébergement des offres de produits contrefaits de telle ou telle marque, bloquer les échanges illicites de fichiers musicaux...) serait contraire non seulement au principe de prohibition de toute obligation générale de surveillance, mais aussi aux principes fondamentaux en matière de liberté d'expression, qui comprend la liberté de recevoir ou de communiquer – sans censure – des informations (Conv. DH, art. 10). En effet, comme l'illustrent plusieurs affaires évoquées plus haut, dès lors que des infractions de tout type finiraient tôt ou tard par être commises par le biais des services d'un prestataire de transport ou d'hébergement de quelque importance, les injonctions visant à interdire chaque type d'atteinte risquent de se multiplier. Or, l'esprit et la lettre de la directive sur le commerce électronique excluent certainement que le filtrage imposé à l'intermédiaire, destiné à détecter tous les contenus supposés contrefaisants, devienne un instrument de lutte générale contre les atteintes à des droits intellectuels (92).

44. En effet, l'imposition d'une mesure de filtrage risque fort de porter atteinte au droit à la liberté d'expression. Pour qu'une ingérence dans ce droit soit admissible au regard de la Convention européenne, elle doit être prévue par la loi, poursuivre l'un des objectifs légitimes limitativement énumérés à l'article 10, §2, de la Convention, et répondre à une exigence de proportionnalité. Il est difficilement contestable que la possibilité d'une injonction est prévue par la législation européenne. Encore pourrait-on arguer que la possibilité d'un filtrage ne résulte pas clairement de la lecture conjointe des différents textes et que la jurisprudence est assez peu nette sur cette question. Les intermédiaires sont-ils dès lors en mesure de prévoir, à un degré suffisant de prévisibilité, les conséquences qui pourraient s'attacher à l'adoption d'un comportement déterminé (voir *supra*, n° 11) ? Même en s'entourant de conseils éclairés, les intermédiaires de l'internet

ne semblent pas en mesure de prévoir, à un degré raisonnable, qu'une mesure de filtrage, fût-elle limitée à un contenu spécifique, puisse leur être imposée. Qu'en est-il alors des deux autres conditions de légitimité et de proportionnalité ? L'objectif légitime de protection des droits d'autrui figure dans le second paragraphe de l'article 10. Mieux, comme l'on a vu, la Cour a récemment admis que les droits de propriété intellectuelle tombent dans le champ d'application de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention protégeant le droit de propriété. Reste donc la troisième condition dite « *de proportionnalité* ». La mise en œuvre de cette condition ne saurait donner lieu à une appréciation guidée seulement par l'intuition ou le bon sens et, partant,

Les mesures de filtrage imposées aux intermédiaires sont-elles proportionnelles à l'objectif de protection des droits de propriété intellectuelle ? En l'état actuel des choses, un double constat s'impose.

éminemment subjective. À la lumière du rôle pionnier joué par la jurisprudence administrative allemande, il est permis de considérer que la conformité au critère de proportionnalité suppose, plus précisément, la réunion de trois conditions (93) : la mesure restrictive de liberté doit être *appropriée*, c'est-à-dire de nature à protéger effectivement l'intérêt légitime que l'exercice de cette liberté met à mal (94) ; elle doit être *nécessaire* au sens où, parmi les différents moyens aptes à réaliser l'objectif poursuivi, la mesure choisie est la moins préjudiciable pour les droits

concernés ; enfin, elle doit satisfaire au test de *proportionnalité stricto sensu*, c'est-à-dire qu'il y a encore lieu de démontrer que la liberté restreinte ne pèse pas plus lourd que l'intérêt légitime à sauvegarder ou, autrement dit, que le préjudice occasionné au titulaire de la liberté visé par la mesure n'est pas excessif au regard du bénéfice qu'elle procure par ailleurs. Cette pondération des libertés ou intérêts en conflit doit s'opérer non dans l'abstrait, étant donné qu'aucun des intérêts protégés par la Convention n'a une priorité absolue sur les autres, mais en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce. 45. Les mesures de filtrage imposées aux intermédiaires sont-elles proportionnelles à l'objectif de protection des droits de propriété intellectuelle ? En l'état actuel des choses, un double constat s'impose.

D'une part, les mesures de filtrage, même limitées à contenu spécifique, ne semblent pas aptes à garantir effectivement le résultat attendu (95). Les internautes mal intentionnés ont plus d'une corde à leur arc et redoublent d'imagination pour concevoir des stratégies de contournement. Ainsi est-il courant que la fermeture d'un site pour violation de droits de propriété intellectuelle de tiers entraîne un déplacement des activités illicites vers une autre adresse. D'une manière ou d'une autre, ne risque-t-on pas de voir revenir inlassablement le même contenu illicite sur la Toile ? Les mesures de filtrage loin de constituer la panacée n'offriraient dès lors qu'un court répit...

D'autre part, en l'état actuel des techniques, la plupart des filtres ne semblent pas aptes à déterminer si une communication est autorisée ou contrefaisante de droits intellectuels (96).

Il en résulte que les mesures de filtrage, fussent-elles limitées à un contenu spécifique, seront pratiquement toujours soit « *overinclusive* », soit « *underinclusive* » (97) : elles risquent inévitablement soit de conduire à la suppression ou au blocage de contenus qui ne portent nulle-

(92) En ce sens, Dusollier S., *Tribune libre – Responsabilités des intermédiaires de l'internet : un équilibre compromis ?*, RDTI 2007, n° 29, p. 269-272. (93) Voir Van Drooghenbroeck S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, spéc. p. 31-38, et les nombreuses références ; Ost F. et Van de Kerchove M., *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 2002, p. 440 et la référence à H. Maurer, *Droit administratif allemand*, trad. par M. Fromont, Paris, LGDJ, 1995, p. 272. (94) La mesure sera jugée inappropriée s'il est démontré qu'au jour où elle fut prise, celle-ci était vouée à l'échec dans des circonstances normales. Voir Van Drooghenbroeck S., précité, p. 35, n° 31. (95) Voir, entre autres études, Callanan C., Gercke M., De Marco E., Dries-Ziekenheiner H., *Internet blocking balancing cybercrime responses in democratic societies*, 2009, <www.aconite.com/blocking/study/>; Jayasuriya M., Pearlman J., Topolski R., Weinberg M., Siy S., « *Forcing the Net Through a Sieve: Why Copyright Filtering is Not a Viable Solution for U.S. ISPs* », 2009, <www.PublicKnowledge.org>. (96) Il est vrai que le considérant n° 59 de la directive 2001/29 précitée oblige les États à prévoir la possibilité d'une ordonnance sur requête « même lorsque les actions de l'intermédiaire font l'objet d'une exception au titre de l'article 5 ». Néanmoins, on peut penser qu'il s'agit simplement ici de l'obligation d'organiser un droit de recours en faveur du titulaire d'un droit d'auteur lui permettant d'alléguer d'une violation de ses droits devant un juge, sans préjudice pour la partie adverse de faire valoir une exception au droit d'auteur. (97) Jayasuriya M., Pearlman J., Topolski R., Weinberg M., Siy S., précité, spéc. p. 47 et 49.

ment atteinte à des droits de propriété intellectuelle (l'on songe à des communications justifiées par une exception au droit d'auteur telle la parodie ou par une licence légale), soit de laisser passer des communications illicites.

L'imposition d'un filtrage, même limité, risque fort de représenter une mesure non proportionnée à l'objectif de la protection des droits des titulaires de droits de propriété intellectuelle.

46. La tendance actuelle au filtrage volontaire (98), notamment sur la base de compromis négociés entre les intermédiaires de l'internet et les ayants droit ou leurs représentants, appelle également certaines réserves quant à la préservation du droit à la liberté d'expression. Bien entendu, il n'est nullement question ici de l'imposition par un organe étatique d'une mesure de filtrage. Toujours est-il qu'au titre de leurs obligations positives (*supra*, n° 10), et en vertu de la théorie dite de l'« effet dissuasif » (99), les États devraient veiller, pour pleinement respecter l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, à ne pas faire peser sur les intermédiaires une telle crainte d'une action en responsabilité qu'ils en viendraient à s'imposer un filtrage propre à les immuniser contre tout reproche ultérieur mais de nature à menacer la liberté d'expression des internautes.

CONCLUSION

47. Il est remarquable de constater combien l'Union européenne et le Conseil de l'Europe s'accordent pour considérer que la sauvegarde et la promotion de la liberté d'expression, comprenant elle-même la liberté de recevoir et de communiquer des informations, commandent à la fois :

– une limitation de la responsabilité des intermédiaires de la société de l'information dans les termes et aux conditions des articles 12 à 14 de la directive sur le commerce électronique ;

– l'interdiction d'imposer à ces mêmes intermédiaires une obligation générale de surveillance.

Autrement dit, les exonérations de responsabilité et la règle d'interdiction susvisées découlent d'une correcte application de l'article 10 de la Conv. EDH, lu en parallèle avec les différents textes adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe. C'est dès lors à la lumière de ces principes et dudit article 10 qu'il convient d'apprécier le bien-fondé et la portée des injonctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre des prestataires intermédiaires. Or, il découle de la jurisprudence développée par la Cour de Strasbourg autour de l'article 10 que :

– cette disposition vise tous les types d'information, en ce compris les informations à caractère commercial, et concerne non seulement le contenu des informations mais aussi les moyens de transmission et de captage (dans la mesure où toute restriction à ceux-ci érode le droit de recevoir et de communiquer des informations) ;

– l'exercice de la liberté d'expression, en ses différentes déclinaisons, ne peut être soumis à certaines conditions, restrictions ou sanctions, nécessaires dans une société démocratique, que si celles-ci sont 1° prévues par la loi, 2° justifiées par un besoin social impérieux et 3° proportionnées au but légitime poursuivi.

48. Comme on l'a vu, c'est sur le terrain de la troisième condition, dite de proportionnalité, que s'opère le délicat arbitrage entre le droit à la liberté

d'expression et les droits de propriété intellectuelle.

En théorie, il résulte des différents textes de l'ordre juridique européen qu'une autorité nationale compétente d'un État membre ayant transposé la directive 2004/48 pourrait, au constat de la transmission ou du stockage par un prestataire intermédiaire d'une information portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle, prononcer une injonction à l'encontre de cet intermédiaire pour autant que les mesures ordonnées n'impliquent que des actes de surveillance, de retrait, de blocage d'accès ou de filtrage relatifs à un contenu spécifique et clairement identifiable, tenu pour illicite par une décision provisoire ou définitive prise par une autorité nationale compétente et susceptible d'un recours devant un tribunal ou une entité de régulation impartial dans le respect de l'article 6 de la Conv. EDH.

En l'état actuel du droit, malgré la constante évolution technologique, et l'émergence de logiciels de plus en plus précis et aux effets de mieux en mieux maîtrisés, la mise en œuvre d'une mesure de filtrage apparaît difficilement conciliable avec le droit à la liberté d'expression. Comment en faire assez sans en faire trop ?

En définitive, l'on peut se demander s'il existe réellement, à l'heure actuelle, une possibilité technique de filtrage dirigée vers un contenu spécifique et clairement identifiable qui soit tout à la fois efficace, c'est-à-dire de nature à empêcher la violation récurrente d'un droit de propriété intellectuelle, et propre à ménager le droit à la liberté d'expression sur le réseau. ♦

(98) Voir Angelopoulos C., précité, p. 9-10. (99) Voir, de manière générale, Lemmens K., *Se taire par peur : l'effet dissuasif de la responsabilité civile sur la liberté d'expression*, A&M, 2005, p. 32-40.